

Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle: une étude de cas

Jean-Guy Belley

Volume 37, Number 1, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043377ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043377ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Belley, J.-G. (1996). Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle: une étude de cas. *Les Cahiers de droit*, 37(1), 37–50.
<https://doi.org/10.7202/043377ar>

Article abstract

In modern jurisprudence, laws enacted by the state are often legitimized by invoking the necessary protection of weaker citizens against the arbitrariness of their stronger neighbours. This conventional view ignores the existence of private normative structures which regulate relations within civil society and assign to parties rights and obligations in an often more determinative manner than the positive laws of the state. The effects of this phenomenon of legal pluralism are illustrated in data drawn from an empirical study of contractual relationships between a multinational firm and its local subcontractors.

Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas

Jean-Guy BELLEY*

Dans la théorie moderne du droit, les lois de l'État sont souvent légitimées au nom de la protection nécessaire des citoyens les plus faibles contre l'arbitraire des plus forts. Cette vision des choses fait abstraction de l'existence des ordres normatifs privés qui régissent les relations au sein de la société civile et définissent les droits et obligations des parties de façon souvent plus déterminante que le droit étatique. L'article illustre les effets de ce phénomène de pluralisme juridique à partir d'une étude des rapports contractuels entre une entreprise multinationale et ses sous-traitants locaux.

In modern jurisprudence, laws enacted by the state are often legitimized by invoking the necessary protection of weaker citizens against the arbitrariness of their stronger neighbours. This conventional view ignores the existence of private normative structures which regulate relations within civil society and assign to parties rights and obligations in an often more determinative manner than the positive laws of the state. The effects of this phenomenon of legal pluralism are illustrated in data drawn from an empirical study of contractual relationships between a multinational firm and its local subcontractors.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval ; Fellow, Institut canadien de recherches avancées, programme « Droit et société ».

	<i>Pages</i>
1. L'ordre normatif privé de la sous-traitance	39
1.1 La sous-traitance traditionnelle	40
1.2 La sous-traitance soumise aux normes de l'assurance-qualité	42
2. L'interaction de l'ordre privé et du droit étatique	45
Conclusion	48

Le thème de l'opposition entre la loi du plus fort et les droits du plus faible me semble contenir deux présupposés implicites. Le premier donne à penser que, dans la réalité des rapports économiques et sociaux, le fort impose sa volonté privée au plus faible en contournant les prescriptions des lois publiques. Le deuxième présupposé implique que la relation sociale entre le fort et le faible laisse le second sans défense contre la puissance et l'arbitraire du premier. La seule protection dont pourrait bénéficier le faible lui viendrait des lois que l'État aura adoptées à son profit. Ces deux présupposés mènent à la problématique fondamentale de la pensée juridique qui consiste à distinguer la force et le droit ou, en d'autres termes, le rapport de forces réel entre les acteurs sociaux et la représentation légale de leurs droits et obligations.

À l'époque moderne, cette distinction a pris une importance telle qu'elle a paru fonder une division du travail légitime entre les sciences sociales et la science juridique : aux premières, la connaissance des faits ou des rapports sociaux réels ; à la seconde, l'étude des normes ou des rapports juridiques formels. Au sein de la communauté juridique se sont dès lors opposés les tenants d'une théorie pure du droit qui exclut la prise en considération de la réalité sociale et les promoteurs d'une pensée critique qui considèrent comme illégitime de faire abstraction des rapports politiques réels dans l'appréciation juridique des problèmes.

L'étude de cas présentée ici vise à montrer que la problématique d'opposition entre la force et le droit doit être amendée à la lumière des connaissances empiriques de la réalité des rapports sociaux. Je voudrais en particulier mettre en évidence l'existence des ordres normatifs non étatiques ou privés dont la prise en considération est nécessaire si l'on veut comprendre la portée pratique des lois¹. Je me référerai aux données de ma recherche sur

1. J'emprunte le concept d'« ordre normatif privé » à M. GALANTER, « Justice has many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism*, 1. Ma perspective d'analyse du contrat doit aussi beaucoup au concept de « champ social semi-autonome » de S. FALK MOORE, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) 7 *Law & Society Rev.* 719.

l'évolution des contrats de sous-traitance entre la multinationale Alcan et les petites ou moyennes entreprises du Saguenay — Lac-Saint-Jean qui fabriquent pour elle diverses pièces utiles à la production de l'aluminium².

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'aligner les données pour démontrer qu'en l'occurrence l'entreprise Alcan tient la place du plus fort et chacun de ses sous-traitants celle du plus faible. Entre ce donneur d'ordre et ses cocontractants locaux, le rapport de forces a traditionnellement été et continue d'être favorable à l'entreprise Alcan. Ce constat paraît d'autant plus indiscutable que l'État québécois n'a jamais adopté en matière de sous-traitance une loi visant la protection de la partie la plus faible comme il l'a fait, par exemple, dans le domaine de la consommation. On aurait tort pourtant de conclure que la relation contractuelle entre Alcan et un sous-traitant local est nécessairement un pur rapport de forces en vertu duquel le second se soumet pieds et poings liés à l'arbitraire incontrôlé du premier. Ma recherche révèle une réalité plus complexe faite, d'une part, de l'influence majeure de l'ordre normatif privé qui définit en substance les droits et les obligations des parties, d'autre part, de l'interaction entre cet ordre privé et le droit étatique, interaction qui ne produit pas les effets que la pensée juridique classique ferait appréhender.

1. L'ordre normatif privé de la sous-traitance

En matière de contrat, le droit positif de l'État a connu et connaît encore des changements majeurs. Il n'en va pas différemment pour les ordres normatifs privés, y compris celui qui encadre les relations contractuelles entre Alcan et ses fabricants locaux. Ces relations de sous-traitance ont pendant longtemps obéi à un ordre traditionnel qui légitimait des rapports fortement hiérarchisés et très influencés par la culture locale. Depuis 1988, la stratégie officielle d'Alcan vise à établir des relations de coopération conformes aux standards extralocaux de l'assurance-qualité. Je décrirai sommairement l'ordre ancien et l'ordre nouveau des relations de sous-traitance en montrant comment ils aménagent un régime de droits et d'obligations qui fonctionne dans une large mesure parallèlement au régime du droit étatique.

2. Pour une synthèse générale de cette recherche, voir : J.-G. BELLEY, « Contrat et citoyenneté. La politique d'achat régional d'une entreprise multinationale », (1993) 34 *C. de D.* 1063 ; aussi, ma contribution intitulée « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et Société », Paris, LGDJ, 1996, pp. 195-231.

1.1 La sous-traitance traditionnelle

L'entreprise Alcan s'est établie au Saguenay — Lac-Saint-Jean en 1925. Pour la production d'aluminium primaire par le procédé de l'électrolyse, la région présentait un avantage comparatif décisif, celui de son immense potentiel hydroélectrique. Profitant d'une concession à long terme de cette richesse naturelle par le Gouvernement du Québec, Alcan s'est rapidement hissée aux premiers rangs de la production mondiale d'aluminium. Elle a joué un rôle considérable dans l'aménagement du territoire et s'est imposée pendant plusieurs décennies comme la force motrice de l'économie régionale. Les activités des établissements d'Alcan (usines, barrages, centrales hydroélectriques, installations portuaires) ont aussi eu un effet majeur sur le développement des petites et moyennes entreprises. La plupart des entrepreneurs de la région envisageaient la création et la croissance de leur entreprise dans la perspective des besoins d'approvisionnement d'Alcan. Accéder au statut de sous-traitant régulier d'Alcan, c'était obtenir une reconnaissance précieuse de la compétence acquise et profiter du meilleur levier de croissance que pouvait offrir le marché régional. La recherche de ce statut privilégié auprès d'un géant du capitalisme nord-américain a longtemps été considérée comme la stratégie la plus ambitieuse que pouvaient poursuivre les entrepreneurs d'une région située à la périphérie du monde industriel.

Cette mise en contexte historique permet de comprendre la double logique fondamentale de la sous-traitance traditionnelle. La coordination interfirmes s'exerce d'abord dans une logique domestique³. Par l'octroi d'un contrat de sous-traitance, Alcan, figure industrielle du père, fait sortir un entrepreneur du rang et l'élève à une hauteur convoitée. La dépendance envers le donneur d'ordre est consubstantielle à la montée dans la hiérarchie des entreprises. La déférence envers Alcan et son savoir technique supérieur, la franchise et la loyauté qui lui sont dues, la relation de confiance personnalisée que le sous-traitant cherche à établir avec les représentants de son client, la protection, la bienveillance et le respect de sa dignité qu'il peut légitimement espérer de la part du donneur d'ordre, toutes ces composantes implicites du rapport interfirmes rendent compte des comportements des parties bien davantage que les énonciations explicites des droits et des

3. La signification conférée ici aux logiques «domestique», «marchande» et «industrielle» de la coordination interfirmes est celle qui a été proposée par L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991, pp. 206-222, 241-262. Sur le profit que la communauté scientifique «droit et société» pourrait tirer des perspectives ouvertes par ces auteurs, voir A. BERTEN, «D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit. À propos des travaux de L. Boltanski et L. Thévenot», *Recherches sociologiques*, vol. XXIV, n^{os} 1-2, 1993, pp. 69-89.

obligations dans les appels d'offres ou dans la réglementation officielle d'Alcan.

La normativité implicite du rapport social prévaut aussi pour la dimension marchande de la sous-traitance. Si l'entrepreneur choisi comme sous-traitant est accueilli dans la « maison » du client pour y remplir une fonction utile, son admission n'a jamais le caractère de stabilité ou de sécurité qu'on trouve dans une économie purement domestique. La logique marchande de la concurrence, avec son obligation de maintenir des prix compétitifs et la sanction éventuelle de la perte du contrat au profit d'un concurrent, participe aussi à la régulation de la sous-traitance traditionnelle. Mais il s'agit d'une concurrence qui n'opère qu'au niveau du marché local. Pour les acheteurs et chargés de projet d'Alcan, il va de soi qu'on ne peut confier à la sous-traitance locale que des travaux n'exigeant pas de compétences techniques et une machinerie sophistiquées. Les contrats les plus importants sont généralement octroyés sur le marché extrarégional. La sous-traitance locale offre par contre l'avantage de la proximité et de la flexibilité des petites unités de production pour les travaux d'entretien des machines et immeubles d'Alcan. Dans ce domaine, la préoccupation du donneur d'ordre porte davantage sur le prix que sur la qualité. Bien que les devis techniques se réfèrent à l'occasion aux standards d'associations professionnelles nord-américaines, la véritable référence normative en matière de qualité reste la notion floue des « règles de l'art » avec le sous-entendu « telles que pratiquées dans le marché local ». Mis à part l'habileté et l'ingéniosité techniques qui peuvent être reconnues à certains entrepreneurs ou à certains de leurs employés, les performances des entreprises locales en matière de qualité sont restées uniformes. Au sein du marché local, la concurrence se joue davantage sur la capacité de consentir un meilleur prix au client que sur celle de lui offrir un produit ou un service de meilleure qualité.

En résumé, l'ordre normatif de la sous-traitance traditionnelle admet la subordination du sous-traitant à l'égard du donneur d'ordre et reconnaît à ce dernier la liberté de passer d'un fabricant à un autre en invoquant le non-respect des règles de l'art ou un prix devenu non concurrentiel. Ces prérogatives du plus fort ne sont toutefois légitimées ou n'apparaissent comme des droits dans l'ordre traditionnel qu'à la condition qu'elles soient exercées avec bienveillance et esprit de justice, dans le respect de la dignité du sous-traitant qui ne devrait se voir appliquer une sanction disciplinaire qu'en raison de son manquement aux règles de moralité commerciale admises dans le milieu local. Le fait que ces règles soient non écrites ne les empêche pas d'être connues et régulièrement invoquées comme critères du jugement d'affaires. Leur caractère flou profite à l'une et l'autre des parties. Il permet au donneur d'ordre de se désengager plus facilement d'une

stratégie contractuelle qui se révélerait moins avantageuse que prévu. Il laisse au plus faible la possibilité de recourir aux tactiques du milieu de la fabrication industrielle et d'user d'un opportunisme de bon aloi sans manquer à la parole donnée⁴.

1.2 La sous-traitance soumise aux normes de l'assurance-qualité

Depuis 1988, Alcan a clairement indiqué à ses sous-traitants qu'elle entendait rompre désormais avec l'ancienne pratique d'approvisionnement. La stratégie nouvelle vise l'amélioration continue de la qualité des biens ou services fournis par les fabricants à l'égard desquels le client s'engagera à plus long terme. La coordination interfirmes est appelée à suivre la logique industrielle de l'organisation optimale de la production.

L'instrument premier de la stratégie d'approvisionnement « proactive » est l'imposition de la certification aux normes canadiennes et internationales d'assurance de la qualité comme condition de soumission aux appels d'offres d'Alcan depuis janvier 1993⁵. Ces normes techniques décrivent en détail les procédés de gestion et les pratiques d'organisation du travail qu'un fournisseur doit adopter et maintenir pour garantir à son client qu'un contrôle systématique de la qualité des biens ou services produits sera effectué avant livraison. L'avantage immédiat est d'abaisser le coût d'approvision-

-
4. « Le flou favorise des stratégies de consolidation ou d'acquisition de pouvoir. Pouvoir du « fort » d'une part, qui peut user de procédures peu compatibles avec les règlements d'un contrat en tous points explicite, mais aussi pouvoir du « faible », qui s'autorise des tactiques d'évitement lors d'engagements trop pesants. À cet égard, on notera que le contrat oral est perçu comme étant plus permissif car autorisant une certaine latitude dans la modification des termes de la transaction » : J. KELLERHALS, M. MODAK et M. MOROTTI, « Le contrat comme relation. Une étude des cadres sociaux du consentement », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, n° 13, 1991, p. 114. Sur la distinction entre *stratégie* du fort (création d'un espace contrôlé par lui) et *tactique* du faible (mise à profit du temps sur le terrain imposé par l'autre), voir M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien 1. Arts de faire*, Paris, Gallimard, 1990, pp. 50-68. Dans le cas qui nous occupe ici, l'implantation de l'assurance-qualité illustre très clairement une stratégie du plus fort. Les tactiques du plus faible, par exemple dans un contrat à long terme d'entretien de l'équipement de production utilisé par le donneur d'ordre (moteur diesel), consisteront à remplacer les pièces d'origine par des pièces de rechange contrefaites plutôt que par les pièces plus chères vendues par le manufacturier, à ne pas remplacer immédiatement une composante sur le point de lâcher pour obtenir dans un court délai un autre contrat de réparation ou, au contraire, à remplacer prématurément une pièce dont la vie utile n'était pas encore terminée...
 5. ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION, *Guide de sélection et de mise en pratique des normes CAN3-Z299-85 de programme d'assurance de la qualité*, Rexdale, Toronto, Association canadienne de normalisation, 1987 ; BUREAU OF BUSINESS PRACTICE, *ISO 9000—Handbook of Quality Standards and Compliance*, Waterford, Prentice-Hall, 1992.

nement pour le client qui n'a plus à maintenir chez lui un personnel d'inspection des produits livrés. La visée principale est toutefois de responsabiliser davantage le sous-traitant pour l'inciter à réduire le coût des « non-conformités » par l'amélioration de son mode de production. L'objectif plus lointain est d'éliminer le coût de stockage grâce à la livraison quotidienne de produits dont la qualité sera certaine et qu'on pourra ainsi introduire immédiatement dans le processus de production du client (« approvisionnement juste à temps »)⁶.

La nouvelle philosophie de l'approvisionnement suppose une revalorisation du statut de sous-traitant et produit une stratification nouvelle parmi les entrepreneurs locaux. L'entreprise qui détient un certificat d'accréditation aux normes de l'assurance-qualité accède à un groupe restreint de fournisseurs jouissant d'une plus grande confiance du client, jugés aptes à convenir avec lui de contrats à plus long terme comportant des garanties d'exclusivité, susceptibles même de créer une relation de partenariat avec le client⁷. Au nom du programme de certification à l'assurance-qualité, Alcan a réduit considérablement le nombre de ses fournisseurs réguliers, créant ainsi une brèche importante dans la philosophie plutôt égalitariste qui présidait autrefois à ses rapports avec les entrepreneurs du marché local⁸. La sélection et l'évaluation de la performance des fournisseurs se réclament désormais de critères décontextualisés, c'est-à-dire moins sensibles aux particularismes locaux. Si la plupart des entreprises locales s'en trouvent exclues du cercle des fournisseurs d'Alcan, celles qui en font partie peuvent à l'avenir espérer obtenir les contrats plus intéressants qu'on réservait auparavant aux entreprises du marché national ou international.

En contrepartie d'occasions d'affaires plus intéressantes, les entrepreneurs locaux doivent consentir à des modifications très importantes du régime normatif de leurs relations avec Alcan. Le fonctionnement de l'assurance-qualité requiert une formalisation beaucoup plus grande du rapport contractuel. Les devis et dessins du client se font nettement plus précis, ce

6. R.A. MAASS, J.O. BROWN et J.L. BOSSERT, *La certification des fournisseurs. Au-delà de la norme ISO 9000*, Montréal, Les Éditions Transcontinentales et J.-C. Savard Consultants, 1994; R.J. SCHONBERGER, *Japanese Manufacturing Techniques. Nine Hidden Lessons in Simplicity*, New York, The Free Press, 1982.

7. Sur les perspectives de développement et les risques nouveaux que comporte le passage à une logique industrielle pour les sous-traitants sélectionnés par Alcan, voir J.-G. BELLEY et al., « Les PME et les risques de la sous-traitance industrielle à l'heure de l'assurance-qualité », *Revue internationale P.M.E.*, vol. 8, n° 2, 1995, pp. 37-57.

8. Les acheteurs et chargés de projet d'Alcan désignent la philosophie traditionnelle comme celle de la « pointe de tarte » en vertu de laquelle chaque entrepreneur local peut prétendre légitimement à sa juste part des retombées économiques de l'approvisionnement de la multinationale dans la région.

qui réduit la marge de manœuvre du sous-traitant dans l'exécution du contrat. Le processus de production doit être documenté par écrit, faire l'objet de rapports réguliers au client et satisfaire à un contrôle plus strict des mesures de qualité et des délais de livraison. Tout au long de la réalisation du contrat, les employés et la direction de l'entreprise sous-traitante doivent rester en contact avec les nouveaux spécialistes engagés par Alcan au titre d'« analystes de la qualité » ou d'« administrateurs de contrat ». Ces spécialistes connaissent à fond les normes de l'assurance-qualité et suivent leur évolution constante. De concert avec le contrôleur de qualité obligatoirement engagé par le fabricant, ils se perçoivent comme les premiers responsables d'une amélioration continue de la productivité des relations de sous-traitance.

L'ordre normatif nouveau appelle le passage d'une sous-traitance de subordination à une sous-traitance de compétence⁹. La conception du contrat et le règlement des problèmes auxquels il donnera lieu éventuellement ne relèvent plus d'une logique disciplinaire, mais plutôt d'une logique de l'expertise. Cet ordre nouveau concède au client le privilège de définir la stratégie à laquelle devra obéir la relation de sous-traitance. Elle accroît même sa marge de manœuvre en lui reconnaissant le droit de soumettre chaque relation de sous-traitance à des critères particuliers de rendement qui iront progressivement bien au-delà des règles de l'art pratiquées généralement dans le milieu local¹⁰.

S'il lui faut consentir à un régime plus exigeant d'amélioration continue de sa performance sans pouvoir recourir aux arguments traditionnels pour justifier les rendements peu satisfaisants, le sous-traitant n'est toutefois pas placé devant l'arbitraire du client. Deux références normatives nouvelles encadrent l'exercice des pouvoirs du plus fort. La première renvoie aux normes techniques des programmes d'assurance-qualité telles qu'elles sont

9. Sur cette évolution générale, voir : A. DUMAS, *La sous-traitance industrielle. Relations et mécanismes de développement. Une comparaison France-Québec*, rapport de recherche, Trois-Rivières, Ministère de l'Industrie, du Commerce et de la Technologie du Québec, juin 1989 ; aussi M.R. LEENDERS et D.L. BLENKHORN, *Reverse Marketing. The New Buyer-Supplier Relationship*, New York, The Free Press, 1988 ; et R. LAMMING, *Beyond Partnership. Strategies for Innovation and Lean Supply*, New York, Prentice Hall, 1993.

10. Les effets du passage des « règles de l'art » aux normes techniques sur le régime juridique du contrat ont été étudiés en détail par A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, 1989. Les effets de l'adoption d'un programme de contrôle systématique de la qualité sur la responsabilité civile des fabricants ont notamment été analysés par M^e W. HESLER, « Le contrôle de la qualité », dans INSTITUT WILSON & LAFLEUR, *Responsabilité du fabricant et du vendeur professionnel*, colloque du 30 septembre 1994, Montréal (texte inédit).

définies et interprétées à l'échelon national ou international, en somme dans une sphère d'action que le client ne contrôle pas. Dans un régime fondé sur la compétence, le sous-traitant qui établira que son mode de production satisfait aux normes de l'assurance-qualité trouvera des appuis solides dans la communauté des affaires et, au sein même de l'entreprise cliente, chez les spécialistes du contrôle de qualité. La deuxième référence normative trouve son fondement dans l'interdépendance accrue entre le client et un fabricant de plus en plus difficilement interchangeable avec un concurrent¹¹. L'interdépendance objective créée par une coordination interfirmes plus étroite et l'intensification des normes de bonne foi, de flexibilité, de respect des rôles et de solidarité qui va de pair avec un régime de partenariat industriel¹² fournissent au sous-traitant des arguments d'ordre pragmatique et moral auxquels le client ne peut rester insensible sans porter atteinte à sa réputation au sein du marché et à son image publique.

2. L'interaction de l'ordre privé et du droit étatique

Obéissant chacun à leur dynamique propre de changement, l'ordre normatif privé qui encadre les relations de sous-traitance et le droit positif de l'État applicable en principe à ces mêmes relations coexistent, ce qui autorise à parler d'une situation de pluralisme juridique, ou à tout le moins normatif. Même si leurs normes diffèrent beaucoup, la coexistence des deux ordres n'est pas forcément conflictuelle. L'observation révèle au contraire que l'ordre privé trouve un point d'appui dans l'existence du droit positif. Il est certain, par exemple, que la stratégie de l'entreprise Alcan s'appuie sur les prérogatives qui lui sont garanties par le gouvernement du Québec quant à la gestion des ressources hydrauliques régionales, sur la protection légale de ses droits de propriété et de sa liberté contractuelle, sur les pouvoirs réglementaires qui lui sont reconnus à titre de société commerciale

-
11. B. KLEIN, R.G. CRAWFORD et A.A. ALCHIAN, « Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process », (1978) 21 *J. L. & Econ.* 297-326. La crainte d'une trop grande dépendance à l'égard d'un fournisseur privilégié peut inciter le client à pratiquer la politique dite de la « zone grise » qui consiste à maintenir à l'intérieur des ressources lui permettant de fabriquer lui-même ce qu'il donne à sous-traiter. Voir J. NOLLET et M.R. LEENDERS, « Gestion des approvisionnements : horizon à court ou à long terme », *Gestion*, vol. 16, n° 4, nov. 1991, p. 33.
 12. Dans la théorie relationnelle du droit des contrats élaborée par Ian R. Macneil, ces normes typiquement relationnelles sont appelées à s'intensifier si la coopération et les investissements des parties s'accroissent, ce qui est le cas dans un régime d'assurance-qualité. Voir I.R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, pp. 36-70. Sur la mise en évidence des rapports de coopération, de solidarité et de domination dans les théories relationnelles du contrat, voir R.W. GORDON, « Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », (1985) *Wis. L. Rev.* 565.

incorporée. Qui plus est, l'étude des documents contractuels préparés par Alcan pour formaliser ses ententes anciennes ou nouvelles avec les sous-traitants montre que l'entreprise multinationale se préoccupe expressément de rendre ses contrats conformes aux lois et aux règlements étatiques. Dans ce cas au moins, il est clair que le fort n'impose pas sa volonté privée en contournant les lois publiques, mais, au contraire, en conciliant le contenu de ses contrats avec la légalité étatique¹³.

Malgré la compatibilité, voire la connivence, entre les deux ordres, leur coexistence se vit généralement sous le mode du parallélisme plutôt que de l'interaction étroite. Ils évoluent côte à côte, dans leur univers respectif, selon leur logique propre, avec les acteurs spécialisés ou non qui se réfèrent prioritairement à leurs normes, aux prises avec des problèmes qu'ils appréhendent selon leur langage particulier en cherchant des solutions acceptables de leur point de vue. S'ils peuvent entretenir l'un à l'égard de l'autre des relations extérieures du type diplomatique, souvent harmonieuses parfois conflictuelles, les deux ordres normatifs gèrent normalement leurs affaires intérieures de façon autonome sinon indépendante.

Au sein de chaque ordre, des règles particulières constituant une sorte de droit internormatif, par analogie avec le droit international privé que les juristes connaissent bien, déterminent la légitimité d'une invocation des normes de l'autre ordre et d'un recours à ses instances lorsque les acteurs font face à un problème ou se trouvent en conflit. De même que le droit positif de l'État accorde la primauté à ses normes sur celles des ordres privés, de même ces derniers appliquent leurs propres critères de jugement et n'admettent que restrictivement qu'on fasse intervenir les règles et les instances du droit étatique. En ce qui concerne les relations d'Alcan avec ses sous-traitants, le recours rarissime aux avocats et aux tribunaux, même dans les cas de différends importants, atteste de la force de l'ordre privé qui régit ces relations et de l'existence d'une norme implicite d'immunités réciproques qui interdit aux parties de faire appel à la justice étatique¹⁴.

13. « Plus une puissance grandit, moins elle peut se permettre de mobiliser une part de ses moyens pour produire des effets de tromperie... La puissance est liée par sa visibilité. Par contre, la ruse est possible au faible, et souvent elle seule, comme un « dernier recours » : M. DE CERTEAU, *op. cit.*, note 4, p. 61.

14. Sur la « norme d'immunités réciproques » dans les relations du type statutaire ou contractuel, voir L.M. FRIEDMAN, « Legal Rules and the Process of Social Change », (1967) 19 *Stan. L. Rev.* 786, 806. L'obligation de s'en tenir aux normes et instances de l'ordre privé fait partie des « compléments fonctionnels au droit officiel », c'est-à-dire des attitudes que les parties doivent adopter l'une à l'égard de l'autre du fait de leur statut et de leur relation : M. CHIBA, *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989, pp. 141-157.

En dépit du fait que les contrats de sous-traitance aient force obligatoire au regard du droit étatique, ni les agents d'Alcan ni les fabricants locaux ne songent normalement à sortir du champ d'action où ils agissent quotidiennement et de l'univers normatif qui y correspond pour s'aventurer dans la sphère de la justice étatique. Si la norme d'immunités réciproques est généralement efficace, c'est d'abord parce que l'ordre privé donne aux parties des solutions de rechange plus adéquates que les moyens offerts par le droit étatique. Cela est évident pour le plus fort dont les pouvoirs sont garantis par les normes de l'ordre privé, aussi bien dans la logique technocratique de la sous-traitance nouvelle que dans la logique disciplinaire de l'ordre traditionnel. C'est aussi le cas pour la partie la plus faible à laquelle l'ordre privé confère des droits non négligeables et socialement reconnus même s'ils n'ont pas le caractère officiel des dispositions du *Code civil du Québec* ou du *Code de procédure civile*. La protection de la partie la plus faible contre l'arbitraire du plus fort dans l'ordre domestique, marchand ou industriel paraîtra d'ailleurs d'autant plus avantageuse au sous-traitant que le contrat d'adhésion conclu avec le donneur d'ordre conférerait à ce dernier un très net avantage juridique s'il advenait que le différend soit soumis aux instances de l'État.

La seconde raison de l'efficacité de la norme d'immunités réciproques est plus fondamentale. Si les normes et les instances de l'ordre privé président généralement à l'orientation des comportements, de préférence à celles du droit étatique ou à la place de ces dernières, c'est tout simplement parce que les parties entretiennent des relations pour faire des affaires et des profits et non pour défendre ou promouvoir des principes de justice. Les normes de l'ordre privé, y compris celles qui établissent des critères et une procédure pour le règlement des conflits, ont l'avantage décisif de faire partie de la culture primaire du commerce ou de l'industrie qui fonde l'action quotidienne des contractants. Les normes du droit étatique ont, au contraire, l'inconvénient majeur d'appartenir à une culture seconde dont la caractéristique essentielle est de se constituer dans la prise de distance par rapport aux cultures primaires quelles qu'elles soient¹⁵. Aussi longtemps qu'un acteur, fort ou faible, a la possibilité d'agir dans un champ social qui lui semble au total avantageux malgré des pertes occasionnelles, il n'a pas ou ne se paiera pas le luxe de se réclamer d'une logique autre que celle du champ social en question.

15. Sur la distinction entre « culture première » (constitution spontanée et implicite du sens et de l'unité par la personne ordinaire) et « culture seconde » (vision explicite, réfléchie et systématique du monde élaborée par les intellectuels et scientifiques dans leur prise de distance avec la vie quotidienne), voir F. DUMONT, *Le lieu de l'homme. La culture comme distance et mémoire*, Montréal, Bibliothèque québécoise, 1994, pp. 149-186.

On s'explique ainsi que le recours de la partie la plus faible au droit étatique se produit la plupart du temps lorsque cet acteur économique se trouve exclu de force du régime d'action auquel il participait, en d'autres termes lorsqu'il n'a plus grand-chose à espérer de la culture primaire et plus rien à perdre en invoquant la culture seconde. On s'explique aussi de cette façon qu'une loi étatique qui viserait expressément à accroître la protection légale du plus faible n'aura normalement pas pour effet de remplacer les normes de l'ordre privé et d'engendrer un transfert considérable de contentieux vers les tribunaux étatiques. Au-delà d'une période de transition plus ou moins longue selon l'ampleur de l'intervention législative de l'État, le résultat le plus probable sera l'intériorisation plus ou moins conforme des nouvelles règles légales au sein de l'ordre privé. Le rapport de forces entre le fort et le faible aura peu ou prou subi l'influence de l'intervention de l'État, mais la relation contractuelle continuera d'obéir en général à la logique première du commerce ou de l'industrie plutôt qu'à la logique seconde du droit¹⁶.

Conclusion

Les données empiriques dont j'ai fait état me semblent autoriser les affirmations suivantes. L'ordre normatif privé réserve incontestablement au donneur d'ordre le pouvoir d'initiative stratégique et de contrôle du rapport de sous-traitance. Loin d'être poursuivie *contra legem*, la stratégie du plus fort prend notamment appui sur le droit positif de l'État. Malgré cela, le client n'est pas unilatéralement fort. L'ordre domestique, marchand et industriel ne lui permet pas d'exercer ses pouvoirs de façon arbitraire. Sa stratégie contractuelle elle-même crée sa faiblesse puisqu'elle exprime son besoin du fabricant et l'accroît au fur et à mesure des succès de la coopération interfirmes.

Corrélativement, le contrat d'adhésion enlève au sous-traitant une bonne part de la protection juridique qu'il pourrait escompter dans l'ordre

16. En ce sens, voir les conclusions de l'étude empirique de Stewart Macaulay relativement à l'influence des mesures étatiques de défense des intérêts des concessionnaires d'automobiles sur le fonctionnement de l'ordre privé de leurs relations avec les manufacturiers : S. MACAULAY, « Changing a Continuing Relationship between a Large Corporation and those who Deal with it: Automobile Manufacturers, their Dealers and the Legal System — Part II », (1965) *Wis. L. Rev.* 853 et suiv. L'influence des mesures publiques de protection pourrait être différente dans le champ des rapports entre les consommateurs personnes physiques et les commerçants ; voir à cet égard B.-M. BLEGVAD, « Interaction between Indigenous and Official Norms: Examples of Norm Generation in the Consumer Field in Denmark », Annual Meeting of the Law and Society Association and the ISA Research Committee on Sociology of Law, Madison, Wisconsin, juin 1980 (texte inédit).

public, mais l'ordre normatif privé ne le laisse pas unilatéralement faible. Le régime traditionnel de la sous-traitance lui donne droit à la bienveillance du donneur d'ordre et lui laisse une marge de manœuvre tactique pour tirer son épingle du jeu en s'autorisant des pratiques commerciales admises ou tolérées. Le régime de la sous-traitance soumise à l'assurance-qualité tend à réduire sa marge de manœuvre, mais il permet au fabricant d'accroître la dépendance du client envers son expertise technique.

La prise en considération de l'ordre normatif privé rappelle une évidence que les juristes tendent à oublier, à savoir que le fort et le faible sont pour l'essentiel engagés dans une relation économique et non dans un rapport de droit. Si la réalité des échanges se révèle au total peu conforme à la représentation qu'on peut s'en faire à partir du droit positif de l'État, ce n'est pas simplement parce que ce dernier défend un idéal difficile à réaliser. C'est surtout parce que la vision du contrat change radicalement lorsqu'on passe de l'ordre juridique de l'État à l'ordre normatif privé. Nous avons affaire ici à deux cultures qui donnent un sens différent à la réalité des choses, qui proposent aux acteurs des idéaux distincts et qui communiquent d'autant plus difficilement entre elles qu'elles ont l'une de l'autre une connaissance partielle, approximative et obscurcie par la méfiance¹⁷.

L'ordre juridique de l'État aborde la problématique de la justice dans les rapports économiques à partir d'un idéal d'égalité. Sa vision du monde est la vision hobbesienne d'une société constituée d'acteurs aux forces inégales engagés dans une lutte sans merci. Prenant à cet égard le relais du christianisme, le républicanisme moderne fonde la légitimité de l'État sur le besoin de protection des plus faibles dans ce régime de lutte. L'idéalisme dont il se réclame l'a amené d'abord à proclamer le principe de l'égalité juridique des personnes, puis à légitimer les mesures spéciales de protection des plus faibles en faisant considérer l'atteinte de l'égalité réelle comme destination finale de la marche vers le Progrès.

Dans l'ordre privé de la sous-traitance industrielle, la justice des rapports économiques s'apprécie en fonction d'un idéal d'efficacité. Sa vision du monde est celle d'une société constituée d'acteurs contrôlant des ressources utiles, possédant des compétences différentes, désireux de réaliser entre eux des échanges profitables. L'idéal promu par le capitalisme indus-

17. Sur l'idée que la légalité étatique entretient une image déformée de la réalité sociale, voir B. DE SOUSA SANTOS, «Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit», (1988) 10 *Droit et Société* 363-390. Pour une analyse de la fonction des *productive misunderstandings* dans l'interaction des sphères d'action, notamment le droit et l'économie, et de leurs discours normatifs, voir G. TEUBNER, «The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism», (1992) 13 *Cardozo L. Rev.* 1453 et suiv.

triel est celui de la complémentarité optimale et de la solidarité objective dans une spécialisation des ressources et une division du travail sans cesse accrues. Dans ce régime, on acceptera comme juste l'inégalité des pouvoirs et des profits si elle respecte la valeur réelle des ressources et des compétences mises en jeu et si chaque partie y trouve un profit raisonnable.

On sait depuis longtemps que les idéaux d'égalité et d'efficacité ont chacun leurs avatars. Les résultats des actions poursuivies en leur nom sont bien en deçà des objectifs. Les deux idéaux ont trouvé dans l'expérience historique de la modernité un terreau favorable. Leur puissance est telle désormais qu'ils dominent respectivement la sphère politique et la sphère économique en s'influençant mutuellement, sans pouvoir triompher définitivement l'un de l'autre. Si notre culture postmoderne ajoute quelque élément à cet égard, c'est peut-être la conviction que ces idéaux sont tous deux indispensables à l'évolution d'une société dont les membres valorisent à la fois l'autonomie individuelle et le confort matériel produit collectivement¹⁸.

Dans la poursuite de leur épanouissement personnel, les acteurs sociaux pourraient se mettre à jouer l'un contre l'autre les idéaux d'égalité et d'efficacité, forçant l'État et le marché à concilier tant bien que mal leurs principes de fonctionnement. Ce difficile « couplage structurel¹⁹ » ne me paraît possible que sur la base d'un troisième idéal, l'idéal de liberté reconnu comme la loi d'équilibre d'une société au sein de laquelle chacun serait alternativement le plus fort et le plus faible²⁰.

18. G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983.

19. Sur les concepts de « couplage structurel » et d'« interférence systémique » entre les sous-systèmes du droit et de l'économie, voir G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, pp. 101-157.

20. Les avis peuvent être très partagés sur le destin de l'idéal de solidarité dans une société gouvernée par l'aspiration postmoderne à la liberté. Lipovsky croit que la solidarité y restera fortement valorisée, mais sous un mode plus souple que celui de l'universalité de la sécurité sociale moderne : G. LIPOVETSKY, *op. cit.*, note 18, pp. 148-151. J.-C. GUILLEBAUD, *La trahison des Lumières. Enquête sur le désarroi contemporain*, Paris, Seuil, 1995, pp. 65-67, y voit plutôt s'imposer une profonde insensibilité aux inégalités.